TRANSPARENCY INTERNATIONAL
SCHWEIZ SUISSE SVIZZERA SWITZERLAND

DOCUMENT D'ARCHIVE

Ce document provient des archives de Transparency International Suisse. Certaines des informations contenues ne reflètent peut-être plus la situation actuelle.

Transparency International Suisse publie régulièrement de nouvelles informations actualisées. Vous pouvez les trouver sur **www.transparency.ch**.

Transparency International Suisse est financée à travers des cotisations de membres et des dons.

Si vous souhaitez soutenir ce travail, veuillez cliquer sur le lien suivant :

FAIRE UN DON →

Transparency International Suisse
Schanzeneckstrasse 25 · Case postale · CH-3001 Berne

TRANSPARENCY INTERNATIONAL
SCHWEIZ SUISSE SVIZZERA SWITZERLAND

Schanzeneckstrasse 25
Case postale
3001 Berne

Tél. +41 31 382 35 50
info@transparency.ch
www.transparency.ch

Aux membres de la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N)

Séance de la CAJ-N du 4 avril 2019

13.094 Révision partielle du code des obligations (Protection en cas de signalement d'irrégularités par le travailleur)

1. A propos de l'importance des lanceurs-euses d'alerte et de leur protection

Il ne se passe guère un jour sans qu'une affaire de corruption ou d'autres pratiques abusives défraient la chronique. Et ces affaires ne constituent que la pointe de l'iceberg, car le pourcentage de cas non découverts est sans doute très élevé. Le propre de la corruption réside précisément dans son caractère occulte, notamment parce qu'elle n'occasionne que des dommages indirects: toutes les parties impliquées tirent parti de l'intrigue et ont avantage à la garder secrète.

Dans la plupart des cas, c'est grâce au signalement effectué par des lanceurs-euses d'alerte, aussi appelés «whistleblowers», que des cas de corruption et d'autres irrégularités sont révélés. Cette situation est particulièrement manifeste par exemple dans le cas des cartels qui nuisent à la libre concurrence: leur signalement à la ComCo par des lanceurs-euses d'alerte est la seule façon ou presque dont les autorités peuvent en apprendre l'existence[1]. Ces derniers accomplissent ainsi une fonction importante qui revêt non seulement un intérêt public, mais sert aussi les intérêts de l'entreprise en question, car seules les irrégularités mises au jour peuvent être corrigées.

Les dispositions du CO en vigueur ne protègent toutefois pas suffisamment les lanceurs-euses d'alerte, qui s'exposent à un licenciement – et à ne plus retrouver d'emploi –, au mépris de leurs semblables et même, dans certaines circonstances, à des poursuites pénales. Dès lors, il est urgent d'octroyer enfin aux lanceurs-euses d'alerte une protection légale appropriée.

2. A propos de la crainte injustifiée de signalements abusifs

Des statistiques récentes montrent que la plupart des grandes entreprises ont reconnu l'utilité que représentent les lanceurs-euses d'alerte et mis en place des dispositifs pour recueillir leurs signalements. Actuellement, 70% de ces entreprises se sont dotées d'un dispositif de ce genre, contre seulement 10% des PME.

[1] Selon les déclarations de A. Heinemann, président de la ComCo, à «20 Minuten» le 26 avril 2018 (https://www.20min.ch/finance/news/story/-Der-Bau-ist-fuer-Kartelle-besonders-anfaellig--29422644).

Document d'archive – Transparency Suisse – informations actuelles sur www.transparency.ch

Ces statistiques prouvent aussi que la crainte des signalements abusifs ne repose sur aucun motif objectif. Ainsi, un signalement sur deux s'est révélé pertinent et instructif, tandis que 3% seulement des alertes se sont avérées abusives[2].

3. A propos des progrès récents dans l'Union européenne

L'Union européenne vient d'améliorer considérablement la protection des lanceurs-euses d'alerte. Ainsi, toute personne qui signale une irrégularité aura désormais droit à la protection et au soutien de l'Etat. Dès lors, le net renforcement de la protection en Suisse aussi n'affaiblirait pas la compétitivité des entreprises suisses, mais l'accroîtrait au contraire, puisque celles-ci pourraient garantir à leur personnel un niveau de protection semblable à leurs concurrents européens et conserver leur attrait en tant qu'employeur aussi à l'échelle internationale.

4. Proposition insuffisante du Conseil fédéral

Malheureusement, la nouvelle proposition du Conseil fédéral (message additionnel du 21 septembre 2018 sur la révision partielle du code des obligations) ne confère toujours pas la protection requise aux lanceurs-euses d'alerte. Si cette révision admet certes l'anonymat, ce qui est particulièrement important, la protection reste toutefois insuffisante sur des aspects centraux et s'en trouve même, en fin de compte, affaiblie par rapport au droit en vigueur dans des cas de figure importants:

- le signalement des irrégularités aux autorités compétentes et, en ultime instance, à l'opinion publique reste assorti de conditions trop restrictives, ce qui le rendra impossible dans des cas de figure importants;
- le Conseil fédéral ne modifie pas la protection contre le congé actuellement défectueuse, qui reste dès lors insuffisante. Du moment que la solution retenue n'a pas pour corollaire une amélioration directe de cette protection, elle restera pour l'essentiel lettre morte dans la pratique.

5. Améliorations souhaitées et propositions de modification

Nous exposons et motivons brièvement ci-dessous les améliorations souhaitées et nos propositions de modification du projet présenté par le Conseil fédéral dans son message additionnel du 21 septembre 2018 sur la révision partielle du code des obligations.

5.1 Extension des conditions autorisant le signalement d'une irrégularité à l'autorité sans signalement préalable à l'employeur

Propositions de modification

- Art. 321a^{quater}, al. 1 (projet):

  Ajout d'une lettre (d) ayant la teneur suivante: «que le signalement à l'employeur l'exposerait à un licenciement ou à d'autres inconvénients.»

[2] Voir HTW de Coire et Integrity Line, Centres de signalement dans les entreprises suisses, Rapport de signalement 2018.

Document d'archive – Transparency Suisse – informations actuelles sur www.transparency.ch

- Art. 321a^{quater}, al. 2 (projet):

  Suppression pure et simple de tout l'alinéa.

Raisonnement

Les critères adoptés à l'article 321a^{quater} alinéa 2 (projet) pour conclure que le signalement à l'employeur produira un effet sont trop souples. En effet, la simple existence d'un service indépendant ne garantit de loin pas que les irrégularités signalées seront réellement dûment examinées et que les irrégularités effectivement constatées seront réellement corrigées et sanctionnées. De même, la prohibition du licenciement pour signalement d'une irrégularité ne garantit de loin pas que l'employeur ne prononcera réellement pas de congé tant que l'indemnité due en cas de congé abusif n'est pas relevée.

En conséquence, le projet du Conseil fédéral empêche, dans des cas de figure importants, que le travailleur signale directement une irrégularité à l'autorité compétente, par exemple lorsque les plus hautes instances dirigeantes d'une entreprise sont impliquées, ce qui n'est pas rare dans les délits liés à la corruption. Or, c'est précisément dans de tels cas que le travailleur doit pouvoir s'adresser directement à l'autorité compétente, car il est évident qu'un signalement interne ne produira aucun effet.

Dès lors, il faut définir des critères plus stricts que ceux du Conseil fédéral pour déterminer quand un signalement à l'employeur est présumé produire un effet. Il ne suffit pas que celui-ci ait mis sur pied un service indépendant pour traiter les signalements, mais il faut aussi que ce service les examine de façon suffisante, que les irrégularités effectivement constatées soient corrigées et que des sanctions soient prononcées. Pour cela, il faut que la culture d'entreprise soit appropriée. A défaut, les lanceurs-euses d'alerte sont exposés au licenciement et à d'autres inconvénients. Dans une telle situation, ils doivent pouvoir s'adresser directement à l'autorité compétente.

5.2 Extension des conditions autorisant le signalement d'une irrégularité au public

Proposition de modification

- Art. 321a^{quinquies}, let. c (projet):

  Ajout d'un chiffre (3) ayant la teneur suivante: «il peut raisonnablement supposer que l'autorité compétente enfreint des dispositions légales ou retarde la procédure.»

Raisonnement

Nous constatons malheureusement que, trop souvent, les autorités de poursuite pénale n'examinent qu'avec retenue des soupçons de corruption et d'octroi d'avantages, alors qu'il s'agit de délits à poursuivre d'office. Ainsi, l'an passé, le Ministère public de la Confédération a attendu une plainte pénale pour ouvrir une enquête contre la Nagra pour les voyages d'information à l'étranger auxquels cette société invite des parlementaires, alors que la presse s'était déjà largement fait l'écho de ces pratiques problématiques. Le même scénario s'est produit dans le canton de Vaud: en 2018, le Procureur général n'a, en dépit des indications claires fournies par la presse, ordonné des investigations préliminaires contre un conseiller d'État et une conseillère nationale pour des voyages à l'étranger que lorsque des élus locaux l'ont pressé publiquement de le faire. En outre, dans les deux cas, la procédure a été rapidement classée par une ordonnance de non-entrée en matière, alors que, de

Document d'archive – Transparency Suisse – informations actuelles sur www.transparency.ch

notre avis, les conditions auxquelles est subordonnée l'adoption de cette décision n'étaient clairement pas remplies.

Il ne doit pas être interdit aux lanceurs-euses d'alerte d'informer le public lorsqu'ils doivent supposer de bonne foi que l'autorité compétente enfreint des dispositions légales ou ajournent la procédure de façon inadmissible. C'est la disposition que l'Union européenne vient elle aussi d'adopter.

5.3 Assouplissement des conditions auxquelles est soumise la consultation

Proposition de modification

- Modification de l'art. 321a^{sexies} (projet) (en rouge):

  «Le travailleur qui, en vue de vérifier son droit au signalement, consulte une personne soumise à un devoir légal ou contractuel de confidentialité, ne contrevient pas à son devoir de fidélité.»

Raisonnement

Le projet du Conseil fédéral va trop loin lorsqu'il entend autoriser uniquement la possibilité de consulter une personne soumise à un devoir de confidentialité légal, en particulier les avocats exerçant en cabinet. En effet, la loi doit aussi autoriser le travailleur voulant signaler un fait à consulter des spécialistes qui ne sont pas soumis à un devoir de confidentialité légal, comme c'est le cas des conseillers des syndicats ou des conseillers externes, à condition que ceux-ci soient soumis à un devoir de confidentialité contractuel. Toutes les parties prenantes, y compris les entreprises, ont en effet intérêt à ce que les lanceurs-euses d'alerte aient accès facilement à des conseils de qualité, ce qui peut par exemple éviter que des signalements sans raisons objectives soient effectués ou qu'un travailleur informe le public sans que la loi le permette.

5.4 Amélioration de la protection contre le congé

Proposition de modification

- L'indemnité versée pour un congé abusif prononcé à l'encontre d'un employé-e qui a signalé une irrégularité devrait au bas mot doubler et être portée à douze mois au lieu de six mois actuellement.

Raisonnement

Le Conseil fédéral ne modifie pas l'indemnisation due pour un congé abusif prononcé en raison du signalement d'une irrégularité réalisé de bonne foi. Or, la protection fournie par la loi aux lanceurs-euses d'alerte ne sera appropriée que si l'indemnisation qu'ils perçoivent en cas de congé abusif est suffisante. En effet, il arrive trop souvent que les lanceurs-euses d'alerte non seulement soient licenciés, mais aussi qu'ils ne retrouvent plus d'emploi, de sorte que le congé abusif leur inflige un dommage important. Enfin, il convient de s'assurer que la disposition légale a bel et bien un effet préventif: l'employeur ne doit pas pouvoir enfreindre à la légère la protection contre le congé prévue par la loi et devrait donc supporter lui aussi de lourdes conséquences financières lorsqu'il le fait délibérément.

L'amélioration de la protection contre le congé est une pièce maîtresse de tout dispositif de protection des lanceurs-euses d'alerte. Du moment que la solution retenue n'a pas pour

Document d'archive – Transparency Suisse – informations actuelles sur www.transparency.ch

corollaire une amélioration directe de cette protection, elle restera pour l'essentiel lettre morte dans la pratique.

Berne, le 14 mars 2019

Document d'archive – Transparency Suisse – informations actuelles sur www.transparency.ch